

Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros e a Atuação do ICSID no Cenário Global: Aspectos Legais, Doutrinários e Jurisprudenciais

Divo Augusto Cavadas

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Cursa Especialização em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Cursa Especialização em Direito Penal pela Universidade Gama Filho (CEPLA/UGF). Membro do Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LADIH/UFRJ). Advogado militante em Direito Internacional, Direito Empresarial e Direito do Trabalho.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é discorrer de forma didática sobre a estrutura, composição e métodos de julgamento do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), órgão do Grupo Banco Mundial especializado na solução de controvérsias envolvendo empresas transnacionais e Estados soberanos (estes hodiernamente na posição de hospedeiros de investimentos estrangeiros). Para tal mister, será utilizada metodologia baseada no estudo geral da arbitragem e do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, e em seguida analisar especificamente a atuação do ICSID, valendo-se do método dedutivo. Trata-se de um trabalho destinado a promover a divulgação e discussão de tão relevante tema pertencente ao âmbito do Direito Internacional Econômi-

co. A justificativa do presente estudo reside na importância do ICSID, não apenas como órgão de solução de controvérsias baseado no uso da Arbitragem e da Conciliação, mas também como verdadeiro ator no tabuleiro das relações internacionais pós-modernas, exortando, dessa maneira, a formação de profissionais especializados na atuação em tal foro.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Sociedade Internacional vive momentos de crise na atualidade. O modo de produção capitalista uma vez mais demonstrou sinais de fragilidade com a deflagração de uma crise econômica mundial a partir de 2008. Neste cenário, diversos conflitos são travados no âmbito do relacionamento comercial das empresas transnacionais. A fim de apresentar uma resposta compatível a este quadro, o Direito Internacional desenvolveu uma série de métodos alternativos de solução das controvérsias entre as corporações: o mais conhecido, neste sentido, é o da arbitragem comercial internacional, sistema heterocompositivo no qual um especialista é designado pelas partes litigantes para julgar o conflito entre elas existente¹.

1 A definição de arbitragem e seus efeitos como método de solução das controvérsias entre particulares, e especialmente a arbitragem comercial internacional, tem sido objeto de intensa discussão entre os estudiosos. Cf. CALMON, Eliana. "A Arbitragem Internacional". **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. Volume 16. Número 1. Brasília/DF: Superior Tribunal de Justiça, janeiro/julho de 2004, p. 11-18: *"Dentre os sistemas de controle está, ao lado da jurisdição tradicional, a jurisdição arbitral, modo pacífico de solucionar-se os litígios, mediante cláusulas estabelecidas pelos litigantes ou por juízes por eles eleitos. Na esfera do Direito Internacional a atuação da arbitragem data de longos séculos. Hoje vem ela tomando corpo, por oferecer inúmeras vantagens sobre a jurisdição estatal"*; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009, p. 60: *"A maior prestância da Lei n. 9.307/96 estará em sua aplicação no nível internacional, pela previsão de que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento brasileiro interno, sujeita unicamente à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos dos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil [de 1973]"*. Sobre autonomia da vontade em matéria arbitral, cf. AYMONE, Priscila Knoll. "A Regulação do Mérito da Arbitragem Mediante a Utilização das Regras Internacionais de Comércio: uma possibilidade decorrente da Lei brasileira de Arbitragem e um paradoxo frente à LICC/42?". In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 69: *"Consoante João Bosco Lee, 'a aceitação do princípio da autonomia da vontade é uma das condições para a eficácia da arbitragem, principalmente internacional'. De acordo com esse prisma, Nádia de Araújo apresenta três planos para a autonomia da vontade: (a) meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional; (b) permissão às partes de subtraírem o seu contrato ao direito estatal do foro; (c) instrumento de aperfeiçoamento do direito ao evitar os conflitos de leis. Por isso, é comum às partes, em um contrato internacional, optarem por uma lei neutra e um foro neutro, promovendo a consagração do princípio da autonomia da vontade cujo escopo é o de sobrepor as barreiras jurídicas, decorrentes da diversidade de leis nacionais, e, consequentemente, o desenvolvimento do comércio mundial"*. Há estudo específico na página virtual da Sociedade Americana de Direito Internacional, definindo de forma didática o instituto em comento: *"International commercial arbitration is the process of resolving disputes between or among transnational parties through the use of one or more arbitrators rather than through the courts. It requires the agreement of the parties, which is usually given via an arbitral clause that is inserted into the contract or business agreement. The decision is usually binding"* (Cf. MICCOLI, Gloria. **International Commercial Arbitration**. Disponível na rede mundial de computadores: <http://www.asil.org/erg/?page=arb>. Acesso

Hodiernamente, adota-se a denominada *Arbitragem Institucional*², consistente na adoção de câmaras especializadas, as quais por meio da decisão em colegiado poderão solucionar a controvérsia existente. Trata-se de entidades privadas de caráter internacional, cuja atuação tem ensejado o desenvolvimento de uma nova divisão metodológica no Direito Internacional: a do denominado *Direito Transnacional*, com evolução teórica já delineada na Europa³.

Outro ramo jusinternacionalista que surge sob a égide desse paradigma é o do *Direito Internacional dos Investimentos*⁴, calcado na atuação de diversas organizações internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Centro Internacional de Composição de Controvérsias de Investimento – divisão metodológica esta que guarda íntimas relações com o *Direito Internacional Econômico*⁵, meramente tangenciado neste estudo.

em 19 de maio de 2013). No presente estudo, consideramos a arbitragem como método heterocompositivo de natureza jurisdicional, e não como mero equivalente do dever-poder de julgar.

2 O método de solução das controvérsias pela via arbitral pode ser considerado sob dois aspectos: a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucional. Neste sentido, distinção realizada por Fábio Pedro Alem, *in verbis*: “Na arbitragem *ad hoc*, também conhecida como arbitragem avulsa, cabe às partes definir as regras aplicáveis ao procedimento e à arbitragem, bem como as normas para a sua administração, cabendo ainda escolherem, de comum acordo, os profissionais que participarão da arbitragem. É possível que se escolham regras procedimentais já existentes, ou a criação de regras novas ou, ainda, uma mistura de regras. (...) A arbitragem institucional, por sua vez, possui uma instituição responsável pela administração do procedimento, cujas regras já são existentes e que devem ter sido analisadas e escolhidas pelas partes quando da elaboração da convenção arbitral” (Cf. ALEM, Fábio Pedro. “Arbitragem”. In: BONFIM, Edilson Mougenot [Org.]. *Coleção Prática do Direito*. Volume 16. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 24-25).

3 Extensa se constitui a bibliografia nesta nova disciplina jurídica, pelo que não se evoluirão as considerações sobre seu âmbito de aplicação, eis que refogem ao foco deste estudo. Destacam-se, todavia, alguns questionamentos que estimulam seu estudo, elaborados por Roy Goode: “*The study of what has become known as transnational commercial law is fraught with hazards. What do we mean by transnational commercial law? Is it the same as the lex mercatoria or something broader? What are its sources? Can we identify general principles of commercial law and, separately, uncodified international trade usage? If so, what happens to these principles when they become embodied in convention or contractually incorporated uniform rules? Do they disappear, maintain a parallel existence in their original form or change their shape to match the convention or rules? And how far do conventions and rules either evidence pre-existing principles and usages or influence the creation of new ones?*” (GOODE, Roy. “*Usage and Reception in Transnational Commercial Law*”. *International and Comparative Law Quarterly*. Volume 46, questão 1, janeiro de 1997, p. 1-36). Para maior aprofundamento, cf. BERGER, Klaus Peter. *The Practice of Transnational Law*. Áustria: Kluwer Law Press, 2002. BOGDANDY, Armin Von; MAVROIDIS, Petros C.. *European Integration and International Co-ordination: studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*. Áustria: Kluwer Law Press, 2002; ZUMBANSEN, Peer. “*Piercing the Legal Veil: commercial arbitration and transnational law*”. *European Law Journal*. Volume 8, questão 3, 2002, p. 400-432. Um dos estudos pioneiros sobre a disciplina no Brasil foi o de BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

4 Como principais obras para iniciação na disciplina, que reputamos por autônoma vez que apresenta normas de conteúdo existente tanto em Direito Internacional Público quanto em Direito Intersistemático, cf. SUBEDI, S. “*International Investment Law*”. *Guia de Estudos para a Universidade de Londres*. Reino Unido: University of London Press, 2005; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª Edição. Reino Unido: Oxford University Press, 2012; SORNARAJAH, M. *The International Law of Foreign Investment*. 3ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.

5 Para maior aprofundamento nesta verdadeira “disciplina-gênero”, eis que originou posteriormente o Direito Internacional dos Investimentos, cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Editora

O presente artigo tem como objetivo discorrer acerca da atuação do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), entidade vinculada ao Grupo Banco Mundial, e que tem atuado de forma proativa no desenvolvimento da arbitragem enquanto método heterocompositivo de solução das controvérsias existentes entre empresas transnacionais, o que inclusive estimula uma nova divisão metodológica do tradicional Direito Internacional dos Investimentos, fundado sob as bases da Guerra Fria e dos Acordos de Bretton Woods em 1944. A metodologia usada para a elaboração deste trabalho maneja fontes legais (tratados internacionais), doutrinárias (especialmente no mencionado *Direito Internacional dos Investimentos*) e jurisprudenciais (baseadas em comentários dos casos apreciados pela ICSID em sua publicação oficial) para demonstrar a interdisciplinaridade e relevância da matéria e da instituição na atualidade.

2. DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Preliminarmente, cabem breves considerações acerca de fenômeno que tem ocorrido de forma potencial na Teoria do Direito, especialmente com a evolução do modo de produção capitalista ao longo do século XX e a expansão das empresas transnacionais enquanto importantes atores na Sociedade Internacional. Impulsionada pela técnica política conhecida por *Neoliberalismo*, uma nova temática ascende no contexto pós-moderno, conhecida como *Análise Econômica do Direito*.

Direito e a Economia sempre foram duas ciências convergentes, pois o maleável panorama jurídico mundial hodiernamente cambia conforme a conjuntura econômica. Nesse sentido, tem crescido no Brasil o número de estudos científicos que envolvem a temática da “Análise Econômica do Direito”⁶. Através da interação entre teorias provenientes das

Renovar, 2003; FIGUEIREDO, Leonardo Vízeu. *Direito Econômico Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2011; LO-WENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Estados Unidos da América do Norte: Oxford University Press, 2002.

6 “O movimento conhecido como *Análise Econômica do Direito* (AED) ou ‘law and economics’, que, preliminarmente, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas, surgiu a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para os assuntos jurídicos, vindo, posteriormente, chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do ‘fenômeno’ jurídico” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria Geral dos Contratos*: “contratos empresariais e análise econômica”. Rio de Janeiro: Editora Campus-Elsevier, 2009, p. 53).

O presente artigo tem como objetivo discorrer acerca da atuação do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), entidade vinculada ao Grupo Banco Mundial, e que tem atuado de forma proativa no desenvolvimento da arbitragem enquanto método heterocompositivo de solução das controvérsias existentes entre empresas transnacionais, o que inclusive estimula uma nova divisão metodológica do tradicional Direito Internacional dos Investimentos, fundado sob as bases da Guerra Fria e dos Acordos de Bretton Woods em 1944. A metodologia usada para a elaboração deste trabalho maneja fontes legais (tratados internacionais), doutrinárias (especialmente no mencionado *Direito Internacional dos Investimentos*) e jurisprudenciais (baseadas em comentários dos casos apreciados pela ICSID em sua publicação oficial) para demonstrar a interdisciplinaridade e relevância da matéria e da instituição na atualidade.

2. DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Preliminarmente, cabem breves considerações acerca de fenômeno que tem ocorrido de forma potencial na Teoria do Direito, especialmente com a evolução do modo de produção capitalista ao longo do século XX e a expansão das empresas transnacionais enquanto importantes atores na Sociedade Internacional. Impulsionada pela técnica política conhecida por *Neoliberalismo*, uma nova temática ascende no contexto pós-moderno, conhecida como *Análise Econômica do Direito*.

Direito e a Economia sempre foram duas ciências convergentes, pois o maleável panorama jurídico mundial hodiernamente cambia conforme a conjuntura econômica. Nesse sentido, tem crescido no Brasil o número de estudos científicos que envolvem a temática da “Análise Econômica do Direito”⁶. Através da interação entre teorias provenientes das

Renovar, 2003; FIGUEIREDO, Leonardo Vízeu. *Direito Econômico Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2011; LO-WENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Estados Unidos da América do Norte: Oxford University Press, 2002.

6 “O movimento conhecido como *Análise Econômica do Direito* (AED) ou ‘law and economics’, que, preliminarmente, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas, surgiu a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para os assuntos jurídicos, vindo, posteriormente, chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do ‘fenômeno’ jurídico” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria Geral dos Contratos*: “contratos empresariais e análise econômica”. Rio de Janeiro: Editora Campus-Elsevier, 2009, p. 53).

Ciências Econômicas e temáticas atinentes às Ciências Jurídicas, busca-se a harmonia das relações sociais e, mesmo, interestatais. Grandes estudiosos do Direito estadunidense norte-americano têm se dedicado à Análise Econômica do Direito, sendo mais conhecidos entre nós os estudos de Richard Posner, o qual promove a manipulação de institutos jurídicos e teorias econômicas, a fim de encontrar soluções baseadas na equidade e justiça substantiva para diversos temas sensíveis da Teoria do Direito⁷.

Da mesma forma, afirma-se que as condutas praticadas por agentes macroeconômicos interferem no próprio transcurso das relações internacionais⁸. Tal fato ensejou a criação de uma nova disciplina, a do Direito Internacional Econômico. Para os efeitos do presente trabalho, considera-se como reconhecimento formal da existência do Direito Internacional Econômico a assinatura dos Acordos de Bretton-Woods, em 1944, que promoveram a criação do FMI e abriram caminho para a existência de organizações internacionais como o Grupo Banco Mundial e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), essenciais para o desenvolvimento teórico não apenas desta disciplina, a qual pode ser considerada como gênero, mas também para outras disciplinas de relevo neste estudo, como o Direito Internacional dos Investimentos (a que se dará conformação metodológica adiante) e o Direito Internacional do Desenvolvimento, que possui íntima relação com o objeto deste texto⁹.

7 Cf. POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012; **Economic Analysis of the Law**. 2ª Edição. Áustria: Kluwer Law Press, 2007.

8 Muitos são os estudos provenientes da Teoria das Relações Internacionais que apregoam a grande influência do contexto econômico mundial na produção normativa dos Estados soberanos. Nesse sentido, elencamos alguns referenciais teóricos nesta disciplina, considerada autônoma em relação ao Direito Internacional Público: SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. São Paulo: Editora Manole, 2004; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: estudos de introdução**. Promovendo uma análise crítica do início da administração de Barack Obama na Presidência da República estadunidense norte-americana e as modificações legislativas que repercutiram na economia daquele país, Cristina Pecequillo afirma: “Realizando um balanço dos primeiros seis meses da administração democrata, que a partir de Agosto começou a sofrer perda de popularidade, é possível identificar áreas de progresso. No campo econômico, apesar das críticas republicanas, o pacote aprovado em 2009 em um total de US\$ 787 bilhões, o Ato de Recuperação e Reinvestimento Norte-americano começa a surtir efeito lento (para dados estatísticos ver o sítio www.recovery.com) na recuperação dos níveis de emprego e produtividade, ainda que passem longe as promessas de campanha de criação de 2,5 milhões de novas vagas no mercado de trabalho e reestruturação dos paradigmas produtivos. Esta reestruturação passa pela adequação dos setores produtivos, a capacitação de mão de obra, fontes de energia renováveis e regulamentação do consumo, créditos e investimentos. Inspirado no modelo do New Deal de Roosevelt, estes projetos buscam adequar à era da globalização, corrigindo os problemas sociais gerados pelo neoliberalismo (o projeto de um sistema de saúde universal permanece um dos pilares da presidência Obama e fonte de choques com os republicanos)” (PECEQUILLO, Cristina Soreanu. “Política Internacional.” **Série Manuais do Instituto Rio Branco**. Brasília/DF: Editora da Fundação Alexandre de Gusmão, 2008, p. 85-86).

9 O Direito Internacional do Desenvolvimento também surgiu formalmente no pós-II Grande Guerra, e se relaciona com o Direito Internacional Econômico e com o Direito Internacional dos Investimentos na medida em que grande parte dos Estados hospedeiros são considerados países em desenvolvimento (ou subdesenvolvidos), ou mesmo países de menor desenvolvimento relativo. Para maiores informações sobre o Direito Internacional do Desenvolvimento, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 7; RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento: antecedentes**,

A fim de delimitar o escopo do presente estudo, torna-se relevante apresentar seu âmbito de aplicação. Cremos que a explanação mais didática sobre o conceito e principais características do Direito Internacional Econômico foi ofertada por Celso de Albuquerque Mello¹⁰. Entretanto, consideramos que a noção de *Direito Internacional Econômico* por ele transmitida merece uma leve atualização, na medida em que o novo contexto trazido pelo *Direito Transnacional*, acima delimitado, tornou-se uma disciplina a mais para compor as espécies derivadas do Direito Internacional Econômico enquanto gênero. Além disso, a nomenclatura *Direito Internacional dos Investimentos*, por ele usada, é sustentada como uma fase histórica do atual *Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros*, conforme será visto adiante.

Conforme apresentado, o Direito Internacional Econômico possui importante vínculo com o Direito Internacional dos Investimentos, ora objeto do presente estudo. Essa disciplina, que possui rara simbiose entre os temas atinentes ao Direito Internacional Público e ao Direito Intersistemático (denominação considerada por nós rigorosamente mais correta que “Direito Internacional Privado”¹¹), tem se apresentado como grande

significados e consequências. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 22: “O subdesenvolvimento consiste num fenômeno complexo, que não pode ser identificado com critérios tão simples. Seria antes reconhecível por um conjunto de características que andam geralmente associadas e podem traduzir-se melhor ou pior por um conjunto de indicadores. Segundo o verbete consultado, suas principais características são as seguintes: a) proporção elevada da população ocupada na agricultura (70% a 90% com frequência); b) margem elevada de desemprego oculto e falta de oportunidades de emprego produtivo; c) reduzido stock de capital por pessoa ativa, geralmente considerado como o principal fator responsável pela baixa produção ou rendimento por cabeça desses países; d) níveis de consumo muito próximos dos de subsistência para uma parte importante da respectiva população”.

10 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. “**Curso de Direito Internacional Público**”. 2ª Volume. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 1637-1638: “O estudo do DI Econômico tem alcançado cada vez maior importância nas relações interacionais. É em torno dele que tem ocorrido o maior número de disputas. É onde tem ocorrido o maior número de choques entre países ricos e pobres. As organizações econômicas são, ao lado das militares, as que predominam nas relações internacionais. No período do liberalismo os Estados não interferiam nas relações econômicas. Havia uma ‘despolitização da esfera econômica’. A intervenção estatal começa a partir de 1930 quando há uma ‘publicização das relações econômicas internacionais’. Para Vellas, cerca de 80% das regras de Direito Internacional que entraram em vigor após 1945 são de natureza econômica. Schwarzenberger define DI Econômico como ‘sendo o ramo do DIP que trata de: a) propriedade e exploração dos recursos naturais; b) produção e distribuição de bens; c) (...) transações internacionais de aspecto econômico ou financeiro; d) moeda e finanças; e) matérias relacionadas; f) o status e a organização dos que se encontram empenhados em tais atividades’. Reuter o define como ramo do DIP que visa regulamentar juridicamente os problemas relativos à produção, ao consumo e à circulação de riquezas. Para D. Carreau ele é o ramo do DI ‘que regulamenta, de um lado a instalação sobre o território dos Estados de diversos fatores de produção (pessoas e capitais) que provenham do estrangeiro e, de outro lado, as transações internacionais aos bens, serviços e capitais’. Ele teria como ramos: a) Direito dos Investimentos; b) Direito das Relações Econômicas; c) Direito das Instituições Econômicas; d) Direito das Integrações Econômicas Regionais; e) Direito da Situação do Estrangeiro (D. Carreau). Podemos dizer que em sentido amplo é o ‘direito das transações econômicas internacionais’. Ele visa proteger os Estados mais fracos. Entretanto, ainda tem sido predominantemente um ‘direito do poder econômico’ (G. Farjat). O DIP tem um conteúdo econômico em praticamente toda a sua extensão, e estudar o DI econômico é no fundo estudar quase todo o DIP”.

11 Denominação introduzida no Brasil pelo Dr. Jacob Dolinger. Cf. DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. Outros estudiosos adotam-na: cf. ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. “A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do direito internacional contemporâneo”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)*. Volume 1, Número 20, 2011.

manancial de pesquisas científicas na atualidade, haja vista a quebra de paradigmas existentes em sua aplicação. Especialmente, interessa-nos no presente estudo o principal método de solução de controvérsias utilizado no seio do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros (nomenclatura adotada neste estudo como forma de atualizar o tradicional “Direito Internacional dos Investimentos”), qual seja, a arbitragem internacional pelo ICSID.

2.1. Do “Direito Internacional dos Investimentos” ao “Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros”

Neste ponto do estudo, analisa-se a terminologia usada na disciplina que fundamenta a atuação do ICSID no plano global. Tradicionalmente denominada de “Direito Internacional dos Investimentos”, tenciona-se primeiramente demonstrar que o mais correto seria chamá-la de “Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros”, um vez que o contexto pós-moderno não mais comporta investimentos provenientes apenas de Estados pertencentes ao capitalismo central, mas contempla também as empresas transnacionais, que são pessoas jurídicas de direito privado. Ou seja, além de investidores públicos, a Sociedade Internacional possui na atualidade investidores privados, o que torna a clássica denominação, *concessa maxima venia*, obsoleta no atual momento das relações internacionais¹².

O *Direito Internacional dos Investimentos* – terminologia adequada ao primeiro momento da evolução dessa disciplina jurídica, posteriormente à assinatura dos Acordos de Bretton Woods em 1944¹³, foi utilizada por Dominique Carreau e incorporada nas lições de Celso de Albuquerque Mello. Nesse período, considerava-se que os investimentos internacionais

12 Para maior aprofundamento em Teoria das Relações Internacionais sobre a clássica denominação de Direito Internacional dos Investimentos, cf. MAGNOLI, Demétrio. **Relações Internacionais: teoria e história**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. Porém, cada vez mais a bibliografia internacional especializada tem adotado o entendimento de que os investimentos não provêm apenas de Estados soberanos ou nações (valendo-se do adjetivo “internacional”), mas também de empresas transnacionais, entidades privadas que desnaturam a clássica denominação. A fim de contemplar estes novos atores, muitos tem adotado o nominativo “estrangeiro” ao denominar essa disciplina jurídica. Cf. SAUVANT, K. P.; SACHS, L. E.. **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009; SHAN, W.. **The Legal Protection of Foreign Investment: a comparative study**. Oxford: Hart Press, 2012; SORNARAJAH, M. **The International Law of Foreign Investment**. 3ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.

13 Verifica-se a importância de Roberto Simonsen e Roberto Campos na diplomacia econômica brasileira do período, o que se solidificou ao longo dos anos. Para maiores informações sobre o estudioso, cf. REIS, Moisés. “Constitucionalismo e Profecia em Roberto Campos: o liberal e o liberalismo na Constituição de 1988”. Dissertação do Mestrado em Direito Internacional Econômico e Tributário. Brasília/DF: Universidade Católica de Brasília, 2011.

eram apenas entre Estados e se vinculavam à ideia das *Financial Aids*¹⁴, mero exercício de caridade entre os Estados do capitalismo central e os Estados periféricos¹⁵, sem a previsão de uma contrapartida econômica.

O *Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros*, por outro lado, reputa-se como disciplina que possui conteúdo diverso da anterior, na medida em que coadunado com os valores contemporâneos da Sociedade Internacional. Comprovar-se-á neste trabalho que o objeto desta atualizada disciplina possui parcela significativa do tradicional Direito Internacional dos Investimentos, na medida em que os sujeitos da relação jurídica travada são também Estados soberanos – ainda que não haja mais o objetivo intrínseco dos *Financial Aids* de apenas auxiliar momentânea e paliativamente os assim denominados “Estados Hospedeiros”¹⁶. O investidor, embora incorporado de personalidade jurídica de Direito Público Externo, tem o interesse de obter retorno dos investimentos realizados no Estado Hospedeiro; deseja uma contrapartida, ao contrário da sistemática dos *Financial Aids*, em que apenas desejava obter influência política no território objeto do investimento. A partir do momento em que o Estado Hospedeiro recebe aporte financeiro do Estado Investidor, espera-se que se desenvolva e assim obtenha o patamar econômico desejado para, futuramente, também investir naquele que o auxiliou diretamente. Essa é a finalidade do atual Direito dos Investimentos Internacionais (restrito, acreditamos, à relação interestatal pelo designativo “Internacionais” em sua nomenclatura), em contraposição ao anterior Direito Internacional dos Investimentos, largamente vigorante durante o período histórico conhecido por “Guerra Fria” (1947 a 1991).

Verifica-se, no entanto, que na atualidade não apenas os Estados soberanos são considerados investidores. Com a ascensão constante das *empresas transnacionais* como uma grande influência no tabuleiro da po-

14 *Financial Aids*: “Auxílios Financeiros”.

15 Atualmente denominados Estados periféricos, eram pela antiga teoria geopolítica considerados “países de terceiro mundo”, classificação obsoleta que cedeu espaço para os termos “Estados em Desenvolvimento”, “Estados Subdesenvolvidos” e, considerados com reduzidíssimo grau de subdesenvolvimento, os “Países de Menor Desenvolvimento Relativo” (PMDR) e os “Países Falidos” (*Failed States*). Cf. PECEQUILO, Cristina Soreanu. “Política Internacional.” Série *Manuais do Instituto Rio Branco*. Brasília/DF: Editora da Fundação Alexandre de Gusmão, 2008, p. 65.

16 A nomenclatura *Estados Hospedeiros* é utilizada por parcela dos estudiosos do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, a fim de indicar a entidade política destinatária de recursos financeiros, seja provenientes de outros Estados soberanos, seja de empresas transnacionais que tencionam estabelecer-se em seu território. Cf. ROSADO, Marilda. “As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional”. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 455-491; CAMERON, Peter. *International Energy Investment Law: the pursuit of stability*. Reino Unido: Oxford University Press, 2010.

lítica internacional, seu papel como investidoras nasce a partir da Quarta Revolução Industrial. Com base no apresentado, considera-se neste estudo que atualmente não apenas os Estados soberanos são aptos a se tornarem investidores internacionais, mas igualmente as empresas transnacionais; e tendo por finalidade disciplinar as relações existentes entre os Estados hospedeiros e as empresas transnacionais investidoras, surge a disciplina do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros (a expressão “Estrangeiros”, nesse desiderato, indica a presença de um agente econômico privado, segundo os novos paradigmas das relações internacionais pós-modernas¹⁷).

Nesse desiderato, propugna-se neste estudo que o ora denominado *Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros* conjuga dois importantes fenômenos ocorridos especialmente ao longo do último século: os *investimentos internacionais*, aplicáveis às relações exclusivamente interestatais, regido por normas eminentemente de Direito Internacional Público; e os *investimentos estrangeiros*, aplicáveis às relações entre particulares e Estados, regidos por normas de natureza mista, contendo disposições de Direito Internacional Público e de Direito Intersistemático.

3. ARBITRAGEM NO SETOR DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS ENTRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E ESTADOS SOBERANOS

A arbitragem internacional tem sido usada como forma de solucionar as controvérsias entre sujeitos de Direito Internacional Público há muitos anos¹⁸. Tratando-se de método heterocompositivo de resolução das controvérsias, considera-se no presente trabalho que, uma vez havendo previsão no legislativo interno dos Estados que compõem a Sociedade Internacional sobre sua utilização, a arbitragem possui natureza jurisdiccional¹⁹. Neste sentido, a Corte Permanente de Arbitragem (CPA), sediada no

17 Cf. nota de rodapé número 11, *supra*, para estudos que adotam a nova nomenclatura.

18 “A arbitragem é um instituto antigo de Direito Internacional, utilizado na Grécia antiga e também presente na Idade Média. Com o surgimento do Direito Internacional, com a Paz de Vestfália e, consequentemente, com o surgimento dos Estados, o instituto da arbitragem passou a ser utilizado por estes sujeitos de direito internacional, sempre repousando em princípios basilares: soberania, consentimento mútuo e pacta sunt servanda” (GOMES, Eduardo Biacchi. “Solução de Controvérsias no Cenário Internacional”. In: GUERRA, Sidney (Org.). *Tratado de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2008, p. 296).

19 Neste sentido, e em análise da arbitragem nacional brasileira, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. Todavia, apregoa-se no presente trabalho que, uma vez reconhecido o laudo arbitral por meio da disciplina estabelecida na Convenção de Nova Iorque de 1958, este também possuirá força executiva judicial no território do Estado parte.

Palácio da Paz, Holanda, foi pioneira no uso deste método no contexto interestatal, conforme preleciona Malcolm Shaw²⁰. Embora o instituto já se caracterizasse por uma rica história, a CPA promoveu sua expansão para as relações entre sujeitos de Direito Internacional em sede de arbitragem institucional interestatal.

A partir da evolução do modo de produção capitalista no século passado, a arbitragem expandiu-se para os agentes econômicos privados, ampliando-se as hipóteses do manejo da Arbitragem Comercial Internacional, a fim de compor as controvérsias envolvendo matéria de Direito do Comércio Internacional. Nesse sentido, a arbitragem era usada para controvérsias exclusivamente entre particulares, com as devidas adaptações em relação à arbitragem internacional entre Estados²¹.

A ampliação da arbitragem como método de resolução das controvérsias promoveu a criação de Tribunais especializados na matéria, formando o que se hoje denomina de *Arbitragem Institucional*. Até então, a arbitragem internacional restringia-se às matérias de Direito Internacional Público e Direito do Comércio Internacional, cada qual com sua própria sistemática e procedimento.

4. DIREITO DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS E ESTRANGEIROS E O PAPEL DO ICSID NO DESENVOLVIMENTO DA DISCIPLINA

Atualmente, com o desenvolvimento do denominado Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, as necessidades da Sociedade Internacional evoluíram e permitiram a criação de um tribunal arbitral especializado no setor de investimentos, com sistemática diversa do Direito do Comércio Internacional: o ICSID, vinculado ao Grupo Banco Mundial com sede em Washington D.C.. Uma definição que consideramos oportu-

20 SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 6ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2008, p. 1049: "(...) In addition, a Permanent Court of Arbitration was established. It is not really a court since it is not composed of a fixed body of judges. It consists of a panel of persons, nominated by the contracting states (each one nominating a maximum of four), comprising individuals 'of known competency in questions of international law, of the highest moral reputation and disposed to accept the duties of an arbitrator'. Where contracting states wish to go to arbitration, they are entitled to choose the members of the tribunal from the panel. Thus, it is in essence machinery facilitating the establishment of arbitral tribunals. The PCA also consists of an International Bureau, which acts as the registry of the Court and keeps its records, and a Permanent Administrative Council, exercising administrative control over the Bureau. Administrative support was provided in this context by the Bureau in the Heathrow Airport User Charges arbitration. The PCA has been used in a variety of cases from an early date".

21 Para maiores informações sobre as principais discussões que circundam a arbitragem comercial internacional desde seu desenvolvimento no século XX, cf. nota número 1, *supra*.

na sobre esse órgão de solução de controvérsias internacionais encontra-se em sua própria página virtual²², o que promove a publicização de suas atividades e relativa transparência em suas condutas perante a Sociedade Internacional, ensejando a modernidade que se demonstra na utilização da arbitragem no setor de investimentos internacionais e estrangeiros.

Criado oficialmente em 1966, quando da entrada em vigor do tratado constitutivo de 1965, o ICSID tem sido o maior fórum de solução de controvérsias envolvendo Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros da atualidade. Embora o ICSID busque imprimir a característica eminentemente heterocompositiva em sua atuação perante a Sociedade Internacional, por vezes estimula as formas autocompositivas de solução das controvérsias, tais como a conciliação e a transação homologada pelo órgão. Portanto, suas iniciativas têm sido altamente benéficas e relevantes para o contexto econômico mundial, especialmente em face de um Grupo Banco Mundial hostilizado pelos governos de Países de Menor Desenvolvimento Relativo e em Desenvolvimento que criticam sobremaneira sua existência enquanto conectado aos interesses de Estados capitalistas centrais, como os Estados Unidos da América do Norte e os que compõem a União Europeia.

Torna-se oportuno analisar neste momento de forma mais detida a composição, competência e apresentar considerações de cunho doutrinário e jurisprudencial, a fim de comprovar a importância do ICSID no cenário global e sua grande influência no atual momento do Direito Internacional Contemporâneo.

22. "ICSID is an autonomous international institution established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID or the Washington Convention) with over one hundred and forty member States. The Convention sets forth ICSID's mandate, organization and core functions. The primary purpose of ICSID is to provide facilities for conciliation and arbitration of international investment disputes. The ICSID Convention is a multilateral treaty formulated by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank). It was opened for signature on March 18, 1965 and entered into force on October 14, 1966. The Convention sought to remove major impediments to the free international flows of private investment posed by non-commercial risks and the absence of specialized international methods for investment dispute settlement. ICSID was created by the Convention as an impartial international forum providing facilities for the resolution of legal disputes between eligible parties, through conciliation or arbitration procedures. Recourse to the ICSID facilities is always subject to the parties' consent. As evidenced by its large membership, considerable caseload, and by the numerous references to its arbitration facilities in investment treaties and laws, ICSID plays an important role in the field of international investment and economic development. Today, ICSID is considered to be the leading international arbitration institution devoted to investor-State dispute settlement". **International Centre for Settlement of Investment Disputes**. About ICSID. Disponível na rede mundial de computadores: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home>. Acesso em 14 de maio de 2013.

4.1. Estrutura e Normas Jurídicas Específicas do ICSID

Formado por uma estrutura simples, consistente em um Conselho Administrativo e um Secretariado, o ICSID demonstra o grande informalismo presente no Direito Internacional Econômico que, oriundo do Direito do Comércio Internacional, incorporou características encontradas no ramo jusmercantil. Seria interessante, contudo, ampliar a estrutura do ICSID, a fim de melhor gerir as demandas nele compostas.

O Conselho Administrativo promove a governança necessária para se estruturar a organização do ICSID. Formado por um representante de cada Estado-parte em seu tratado constitutivo, adiante explicitado, tem como principais atribuições a eleição do Secretário-Geral deste organismo internacional, a deliberação de regulamentos e regras específicas para os procedimentos de arbitragem e conciliação desenvolvidos em seu âmbito e a formulação do orçamento apto a promover a manutenção dos trabalhos do ICSID.

O Secretariado, por sua vez, atua de forma direta na formulação dos painéis de árbitros selecionados para apreciar as controvérsias envolvendo Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros submetidos ao órgão. Dirigido pelo Secretário-Geral, possui cinquenta funcionários remunerados pelo Grupo Banco Mundial, cujas principais atribuições são oferecer suporte inicial nos procedimentos compositivos realizados; assistência na constituição das comissões de conciliação; suporte aos tribunais arbitrais e comitês *ad hoc*; e administrar os procedimentos e despesas empreendidas na análise de cada caso submetido. Portanto, fará as vezes de serventia especializada na estruturação e trâmite procedimental das controvérsias compostos pelo ICSID.

Sob ótica pessoal, acredita-se que um organismo internacional possui um conjunto mínimo de órgãos internos: uma secretaria para administrá-lo; uma assembleia para deliberações; e conselhos para definir diretrizes. Todavia, o ICSID possui tão somente órgãos de natureza administrativa e organizacional, uma vez que semelhante à estrutura de uma corte arbitral internacional, e especialmente pelo fato de ele já se reputar como um órgão do Grupo Banco Mundial. Logo, propõe-se a ampliação dos setores no organograma do ICSID, a fim de permitir celeridade ainda maior na solução das controvérsias que nele são compostas, muitas das quais com um nível de complexidade que inadmite um procedimento moroso.

O tratado internacional que tem maior relevo no desenvolvimento dos trabalhos nesse órgão de solução das controvérsias é a Convenção para o Estabelecimento de Conflitos sobre Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*), em vigor desde 14 de outubro de 1966, a partir do momento em que atingiu a marca de vinte Estados ratificantes. No início deste século, afirmou-se que já era maior que cento e quarenta o número de Estados ratificantes deste tratado, o que certamente o fez alcançar a quase totalidade da Sociedade Internacional²³.

Todavia, por ter a estrutura de uma corte arbitral internacional, o IC-SID possui regulamentos específicos para os procedimentos iniciados em seu interior. Nesse sentido, existem três diplomas de grande importância para os estudos sobre este organismo internacional: o Regulamento para Instituição dos Procedimentos de Conciliação e Arbitragem (*Rules of Procedure for Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings*), o Regulamento para Conciliações (*Rules of Procedure for Conciliation Proceedings*) e o Regulamento para Arbitragens (*Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*).

Em linhas gerais, verifica-se que o *Tribunal*, enquanto órgão interno de maior envergadura na estrutura do ICSID, tem a faculdade de decidir a controvérsia por meio do sistema da Arbitragem de Direito ou da Arbitragem de Equidade, conforme preceitua o artigo 42 do tratado constitutivo de 1966, retromencionado²⁴. Conforme os ditames do Direito Internacional Econômico, o procedimento de arbitragem no Tribunal do ICSID é deveras simplificado, afastando institutos típicos do Direito Processual, como a revelia, de acordo com o artigo 45 da Convenção²⁵.

23 “The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID or the Centre) is established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention or the Convention). The Convention was formulated by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank). On March 18, 1965, the Executive Directors submitted the Convention, with an accompanying Report, to member governments of the World Bank for their consideration of the Convention with a view to its signature and ratification. The Convention entered into force on October, 14, 1966, when it had been ratified by 20 countries. As at April 10, 2006, 143 countries have ratified the Convention to become Contracting States” (**International Centre for Settlement of Investment Disputes**. ICSID Convention, Regulations and Rules. EUA: ICSID, 2006, p. 5).

24 **Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States**, Artigo 42: “(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. (2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law. (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree”.

25 **Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States**, Artigo 45: “(1) Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party’s assertions. (2) If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant a period of grace to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that that party does not intend to do so”.

Embora a equidade ainda seja prevista e manejada nos procedimentos arbitrais, inclusive internacionais, propugna-se neste estudo o gradual afastamento do sistema de arbitragem por equidade. Infelizmente, este sistema de julgamento não traz a segurança jurídica necessária para a prolação de um laudo arbitral que promova a real composição dos interesses contrapostos, existentes nas controvérsias levadas a julgamento nas cortes arbitrais. Especialmente no ICSID, que se propõe a ser um centro especializado na resolução de controvérsias oriundas do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, o uso da equidade deve ser visto com reservas.

Quanto à busca por simplificação, celeridade e relativa informalidade, idêntico raciocínio aplica-se às regras de instituição e procedimento nas conciliações e arbitragens realizadas na estrutura do ICSID. Como se trata de método heterocompositivo (no caso da arbitragem) de solução das controvérsias entre Estados hospedeiros e empresas transnacionais investidoras ou vice-versa, seria possível esperar que o arcaísmo estivesse presente na estipulação de regras procedimentais, haja vista as partes envolvidas; no entanto, como se contemplou os institutos da arbitragem e da conciliação, o organismo internacional em análise promoveu intensa simplificação, a fim de tornar o *iter* procedimental mais célere e conforme as novas expectativas da Sociedade Internacional, ligada aos interesses de novos atores, como as Empresas Transnacionais. No que tange ao conteúdo da notificação a ser enviada para o ICSID, a fim de deflagrar procedimento conciliatório ou arbitral, as regras 2 e 3 do Regulamento para Instituição dos Procedimentos de Conciliação e Arbitragem traz um rol exemplificativo de informações a serem apresentadas²⁶⁻²⁷; institui-se

26 Rules of Procedure for Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, Regra 2 – Contents of Request: *“(1) The request shall: (a) designate precisely each party to the dispute and state the address of each; (b) state, if one of the parties is a constituent subdivision or agency of a Contracting State, that it has been designated to the Centre by that State pursuant to Article 25(1) of the Convention; (c) indicate the date of consent and the instruments in which it is recorded, including, if one party is a constituent subdivision or agency of a Contracting State, similar data on the approval of such consent by that State unless it had notified the Centre that no such approval is required; (d) indicate with respect to the party that is a national of a Contracting State: (i) its nationality on the date of consent; and (ii) if the party is a natural person: (A) his nationality on the date of the request; and (B) that he did not have the nationality of the Contracting State party to the dispute either on the date of consent or on the date of the request; or (iii) if the party is a juridical person which on the date of consent had the nationality of the Contracting State party to the dispute, the agreement of the parties that it should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of the Convention; (e) contain information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment; and (f) state, if the requesting party is a juridical person, that it has taken all necessary internal actions to authorize the request. (2) The information required by subparagraphs (1)(c), (1)(d)(iii) and (1)(f) shall be supported by documentation. (3) “Date of consent” means the date on which the parties to the dispute consented in writing to submit it to the Centre; if both parties did not act on the same day, it means the date on which the second party acted”.*

27 Rules of Procedure for Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, Regra 3 – Optional Information in the Request: *“The request may in addition set forth any provisions agreed by the parties regarding the number of*

uma comissão especial de conciliação, cuja composição poderá ser parcialmente selecionada pelas partes em litígio, a fim de promover efetiva autocomposição, nos termos do artigo 29 da Convenção²⁸ e da regra 3 do Regulamento para Conciliações²⁹; enfim, na regra 25 do Regulamento para Arbitragens, há aplicação indireta do consagrado princípio já aplicado às nulidades em Direito Processual, e transportado para os procedimentos arbitrais do ICSID: “Não há nulidade quando inexistente prejuízo às partes litigantes”³⁰. Estes são os mais significativos exemplos, em nosso entendimento, acerca da simplificação procedimental existente no âmbito do ICSID, em seus mais variados diplomas, a fim de se comprovar que o seu papel na atualidade transcende o de mero tribunal arbitral, sendo essencial para a solução das controvérsias no contexto do atual Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros.

5. JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

Rapidamente, citamos alguns entendimentos jurisprudenciais proferidos pelo ICSID, considerando que este organismo internacional tem algumas características peculiares, por se reputar como uma Corte Arbitral, especialmente o sigilo existente desde a deflagração do procedimen-

conciliators or arbitrators and the method of their appointment, as well as any other provisions agreed concerning the settlement of the dispute”.

28 Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States, Artigo 29: “(1) *The Conciliation Commission (hereinafter called the Commission) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 28. (2) (a) The Commission shall consist of a sole conciliator or any uneven number of conciliators appointed as the parties shall agree. (b) Where the parties do not agree upon the number of conciliators and the method of their appointment, the Commission shall consist of three conciliators, one conciliator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Commission, appointed by agreement of the parties”.*

29 Rules of Procedure for Conciliation Proceedings, Regra 3 – Appointment of Conciliators to a Comissão Constituída in Accordance with Convention Article 29(2)(b): “(1) *If the Commission is to be constituted in accordance with Article 29(2)(b) of the Convention: (a) either party shall, in a communication to the other party: (i) name two persons, identifying one of them as the conciliator appointed by it and the other as the conciliator proposed to be the President of the Commission; and (ii) invite the other party to concur in the appointment of the conciliator proposed to be the President of the Commission and to appoint another conciliator; (b) promptly upon receipt of this communication the other party shall, in its reply: (i) name a person as the conciliator appointed by it; and (ii) concur in the appointment of the conciliator proposed to be the President of the Commission or name another person as the conciliator proposed to be President; (c) promptly upon receipt of the reply containing such a proposal, the initiating party shall notify the other party whether it concurs in the appointment of the conciliator proposed by that party to be the President of the Commission. (2) The communications provided for in this Rule shall be made or promptly confirmed in writing and shall either be transmitted through the Secretary-General or directly between the parties with a copy to the Secretary-General”.*

30 Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, Regra 25 – Correction of Errors: “*An accidental error in any instrument or supporting document may, with the consent of the other party or by leave of the Tribunal, be corrected at any time before the award is rendered”.*

to até a prolação do laudo arbitral respectivo. Logo, as decisões adiante apresentadas são as divulgadas na própria página virtual do ICSID, presente na rede mundial de computadores³¹.

5.1. Caso “Southern Pacific Properties (Middle East) Limited” c. República Árabe do Egito

Um dos casos mais emblemáticos considerados por este trabalho foi o “Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe do Egito (ICSID Case No. ARB/84/3)”, com sentença publicada em 1992, em que uma empresa asiática sediada em Hong Kong, ao investir na República Árabe do Egito em um projeto de incorporação imobiliária próximo a pirâmides, na década de 1970, sofreu grave oposição política por parte de setores do parlamento egípcio, o que culminou na cassação do usufruto concedido pelo Estado, sob a justificativa de que a área em que se realizaria o empreendimento imobiliário era próxima a monumentos históricos e que a empresa simulava suas reais intenções de se apropriar das riquezas históricas e arqueológicas localizadas na área. Todavia, o Tribunal do ICSID compreendeu que a cassação do usufruto para realização do empreendimento imobiliário constituiria prerrogativa do Estado em face de sua soberania, ilimitada no plano doméstico e conformadora de sua atuação no plano internacional.

5.2. Caso “Ambiente Ufficio S.p.A.” e outros c. República da Argentina

Outro relevante caso, especialmente por se tratar de realidade mais próxima do Brasil, foi o “Ambiente Ufficio S.p.A. and others c. República da Argentina (ICSID Case No. ARB/08/9)”, com sentença publicada em 8 de fevereiro de 2013. Neste caso, foi discutido o teor de um tratado bilateral de investimento (BIT) realizado entre a República da Argentina e a República da Itália, aplicável ao caso por se tratar a postulante de empresa transnacional italiana. Demonstra-se a importância desta espécie de convenção no Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, especialmente no âmbito do MERCOSUL, em que tais espécies de tratado internacional

³¹ Disponível em <http://icsid.worldbank.org>. Acesso em 19 de maio de 2013.

costumam ser utilizadas com frequência, em um ambiente marcado pelo cosmopolitismo inerente a um bloco de integração intergovernamental, tendo por objetivo a formação de um organismo comunitário³².

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho foram apresentadas a estrutura básica do ICSID, sua composição, órgãos internos, método de julgamento e jurisprudência correlata, como forma de promover a imersão do estudioso no universo construído por esse órgão de solução de controvérsias internacional, criado no contexto posterior à formulação dos Acordos de Bretton Woods, durante o período da Guerra Fria, mas tão adiante das disputas políticas e ideológicas do período, que somente traziam malefícios para o intercâmbio internacional e promoviam o isolacionismo dos Estados de papel agregador na política internacional. Oportuna foi, pois, a criação deste órgão que certamente transcende o mero papel de Câmara Arbitral Internacional, especialmente se for considerado, conforme discutido neste trabalho, a natureza jurisdicional da arbitragem.

Logo, após o presente estudo afirmamos que o ICSID tem se tornando um grande fórum de discussões sobre o Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros. Este ramo, que diuturnamente evolui no contexto do Direito Internacional Contemporâneo, merece maior atenção por parte dos estudiosos no Brasil, por se tratar de um dos mais relevantes

32 Neste sentido, Cf. ROSADO, Marilda. "As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional." In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 485-486, 488-489: "As novas evoluções ocorridas no cenário da regulação internacional dos investimentos precisam ser referidas, pois considera-se que novos princípios foram sendo plasmados a partir dessas recentes transformações com repercussão inegável sobre os investimentos internacionais e a atuação das empresas transnacionais. Dentre essas, podemos citar as iniciativas do Banco Mundial, principalmente através da convenção do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), que entrou em vigor em 16 de outubro de 1966. São citados acordos bilaterais de investimentos, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento (ou entre esses) que chegaram a mil, todos centrados na questão da segurança dos investimentos. E, finalmente, a criação da Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos, destinada ao encorajamento do investimento em países menos desenvolvidos. As centenas de laudos arbitrais proferidos no âmbito dessas Cortes indica que a arbitragem entre países hospedeiros e investidores internacionais ao amparo do direito internacional confirmou-se como uma tendência. (...) Houve, entretanto, rejeição por parte de países latino-americanos, fundamentada na Doutrina Calvo – quaisquer controvérsias contratuais, mesmo envolvendo estrangeiros, devem ser resolvidas pelos tribunais nacionais competentes e não dão lugar à proteção diplomática ou reclamação internacional. A reversão dessa tendência na década de noventa também atingiu a América Latina. Nádia de Araújo e Lauro Gama analisam essa nova tendência de liberalização, a partir do incremento dos acordos bilaterais de investimentos (ABIs). A estrutura básica desses acordos, que cobrem a admissão, o tratamento do capital, a nacionalização e desapropriação e a solução de litígios revelam a sua importância no contexto geral de atuação das empresas transnacionais".

temas para a atual agenda do Estado brasileiro. Considerando o grande desenvolvimento no início deste século, a República Federativa do Brasil tem sido, e certamente ainda será, alvo de vultosos investimentos por parte de empresas transnacionais e mesmo de outros Estados soberanos, que em um contexto circunscrito pelas noções de Administração Pública Gerencial³³, certamente instalará empresas públicas e sociedades de economia mista estrangeiras em território pátrio.

Afirma-se que, na atual conjuntura do Direito Intersistemático, há uma nova ramificação construída sobre as bases do Direito Internacional Econômico, do Direito do Comércio Internacional e do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros: o chamado *Direito Transnacional*, que, conforme observado, tem promovido a relativização da dicotomia existente entre o Direito Internacional Público e o Direito Intersistemático, suscitando flagrante interdisciplinaridade. O que se discute, nos estudos internacionais, é a grande influência que exercem as empresas transnacionais sobre os rumos da política internacional: pois bem, um dos maiores temas que circundam o novo Direito Transnacional é justamente o método de solução alternativa das controvérsias existentes entre as empresas transnacionais – Arbitragem Internacional – que tem representatividade no estudo do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, com a atuação do ICSID como foro de discussões e solução de conflitos, seja pelo uso de métodos heterocompositivos como a arbitragem, ou auto-compositivos como a conciliação.

Nesse sentido, deve o governo nacional se preocupar de forma mais detida com os interesses econômicos internacionais do Estado e promover maior reflexão acerca do atual estágio de entendimento jurisprudencial em fóruns como o ICSID. O Brasil, no atual momento das relações internacionais, não deve se manter em posição periférica diante do franco desenvolvimento do modo de produção capitalista na Sociedade Internacional, especialmente quando se coloca no tabuleiro das relações internacionais como protagonista, e não mais como mero coadjuvante dos interesses do capitalismo central no contexto bipolar que subsistia no período da Guerra Fria. Ao participar de grupos como o BRICS, o G-20 e outros, o Estado brasileiro clama por especialistas nas matérias mais sensíveis do Direito e das Relações Internacionais, seja no ambiente acadêmico, seja

33 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito". *Revista de Direito Administrativo*. Volume 243. São Paulo: Editora Atlas, setembro a dezembro de 2005.

na prática diplomática e contratual internacional. Promover a formação de profissionais jurídicos especializados em postular diante de jurisdições internacionais, portanto, se torna uma necessidade imperiosa e imediata no atual panorama de globalização econômica e, por vezes, política na esfera mundial. Deve o Estado brasileiro, portanto, estimular a formação de profissionais do Direito experientes na matéria de investimentos internacionais e estrangeiros que sejam aptos a postular perante foros especializados como o ICSID. Não apenas como uma elucubração acadêmica, mas uma realidade na praxe forense internacional, deve se reputar a atuação de profissionais brasileiros no ICSID, na Câmara de Comércio Internacional (CCI), no órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) e em tantos outros fóruns de discussão ao redor do planeta, como corolário do desenvolvimento das relações internacionais que o Brasil certamente deverá estar inserido. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEM, Fábio Pedro. "Arbitragem". In: BONFIM, Edilson Mougenot (Org.). **Coleção Prática do Direito**. Volume 16. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BERGER, Klaus Peter. **The Practice of Transnational Law**. Áustria: Kluwer Law Press, 2002.

BOGDANDY, Armin Von; MAVROIDIS, Petros C.. *"European Integration and International Co-ordination: studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehlermann"*. Áustria: **Kluwer Law Press**, 2002.

CALMON, Eliana. "A Arbitragem Internacional". **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. Volume 16. Número 1. Brasília/DF: Superior Tribunal de Justiça, janeiro/julho de 2004.

CAMERON, Peter. **International Energy Investment Law: the pursuit of stability**. Reino Unido: Oxford University Press, 2010

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2ª Edição. Reino Unido: Oxford University Press, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2011.

FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

GOMES, Eduardo Biacchi. "Solução de Controvérsias no Cenário Internacional". In: GUERRA, Sidney (Org.). **Tratado de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2008.

GOODE, Roy. "Usage and Reception in Transnational Commercial Law". **International and Comparative Law Quarterly**. Volume 46, questão 1, janeiro de 1997.

"International Centre for Settlement of Investment Disputes." **About ICSID**. Disponível na rede mundial de computadores: <http://icsid.world-bank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home>. Acesso em 14 de maio de 2013.

LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law**. Estados Unidos da América do Norte: Oxford University Press, 2002.

MAGNOLI, Demétrio. **Relações Internacionais: teoria e história**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público** (2 Volumes). 16ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

MICCOILI, Gloria. **International Commercial Arbitration**. Disponível na rede mundial de computadores: <http://www.asil.org/erg/?page=arb>. Acesso em 19 de maio de 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito". **Revista de Direito Administrativo**. Volume 243. São Paulo: Editora Atlas, setembro a dezembro de 2005.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: estudos de introdução**. 2ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PECEQUILO, Cristina Soreanu, "Política Internacional", Série **Manuais do Instituto Rio Branco**, Brasília/DF: Editora Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

REIS, Moisés. "Constitucionalismo e Profecia em Roberto Campos: o liberal e o liberalismo na Constituição de 1988". Dissertação do Mestrado em Direito Internacional Econômico e Tributário. Brasília/DF: Universidade Católica de Brasília, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Editora Campus-Elsevier, 2009.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento – Antecedentes, Significados e Consequências**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

ROSADO, Marilda. "As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional". *In*: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. "A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do direito internacional contemporâneo". **Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)**. Volume 1, Número 20, 2011.

SAUVANT, K. P.; SACHS, L. E.. **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. São Paulo: Editora Manole, 2004.

SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 6ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2008.

SORNARAJAH, M. **The International Law of Foreign Investment**. 3ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.

SUBEDI, S. **International Investment Law**. Guia de Estudos para a Universidade de Londres. Reino Unido: University of London Press, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar (Org.). **Estudos de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado** (Tomos I e II). Curitiba: Editora Juruá, 2011.

ZUMBANSEN, Peer. **Piercing the Legal Veil: commercial arbitration and transnational law**. European Law Journal. Volume 8, questão 3, 2002.